

O PAPEL DA VONTADE NA CRIAÇÃO DO DIREITO

Pelo DR. ANTONIO MARTINEZ VALADAS PRETO

CAPÍTULO I

O individualismo jurídico e o papel da vontade na criação do direito privado

I. Quando em direito falamos de individualismo, dois significados diferentes devemos atribuir a esta palavra: individualismo como doutrina que concede à vontade poder jurídico criador, e individualismo como expressão legislativa do individualismo político. Esta dualidade de sentido, fundamental para a compreensão perfeita e clara do verdadeiro individualismo jurídico e das correntes que se lhe têm oposto, não tem sido tomada em consideração pelos autores. E a razão disto reside no facto de não distinguirem o que nas normas de direito é especificamente jurídico, do que o é por constituir o conteúdo duma norma jurídica. No conteúdo da norma influem princípios de natureza vária (morais, económicos, sociais, religiosos, etc.), dentre todos sobressaindo, por exercerem uma influência mais directa e vinculada, os de natureza política.

O problema de saber em que termos as ideias políticas individualistas penetram e se manifestam no conteúdo das normas jurídicas, diz respeito à legislação. Sendo as normas de direito normas estaduais o seu conteúdo há-de ser influenciado pelas ideias orientadoras da actividade estadual, dominantes no momento da sua formulação. Um estado individualista, ao contrário dum socialista, há-de sobrepor, nas instituições, os interesses do indivíduo aos das colectividades; um estado dominado por ideias liberais facultará aos indivíduos, ao invés dum estado anti-liberal, a livre disposição e gozo dos seus

direitos; um estado democrático (no sentido não aristocrático) procurará introduzir a igualdade nas instituições jurídicas.

O problema do verdadeiro individualismo jurídico põe-se, sobretudo, na ciência do direito e consiste em saber se a vontade tem ou não poder de criar direito. Pertence à problemática das fontes das obrigações e da criação das normas jurídicas, onde, como é sabido, duas teses se opõem: uma subjectivista e voluntarista, outra objectivista. Na doutrina subjectivista a vontade privada é autónoma e criadora de normas jurídicas. É a vontade privada que cria a norma e o seu conteúdo. A doutrina objectivista, pelo contrário, coloca a origem do ordenamento jurídico fora da vontade humana, que está completamente submetida à norma jurídica. Os efeitos dos actos jurídicos são devidos exclusivamente à lei e o máximo papel que a vontade pode desempenhar é de uma condição. A norma é obra de factores exteriores à vontade.

Não se julgue que de individualismo só estas definições se possam apresentar. Outras aparecem nos livros e tratados. Mas só a duas delas, às principais, nos vamos referir, rapidamente, para, desde já, as excluirmos do nosso trabalho, por não dizerem respeito à técnica jurídica. Numa delas o individualismo jurídico aparece como teoria do fim do direito. Esta passagem de Duguit, no vol. I do seu Tratado, diz-nos em que ela consiste: «En venant au monde, l'homme possède, en sa qualité d'homme, certains pouvoirs, certains droits subjectifs qui sont des droits indivisibles naturels. Il naît libre, c'est-à-dire avec le droit de développer librement son activité physique, intellectuelle et morale et en même temps il a droit au produit de cette activité. Cette liberté physique, intellectuelle et morale, il a droit de l'imposer au respect de tous; ainsi existe, pour tous, l'obligation de respecter le développement libre de l'activité physique, intellectuelle et morale de chacun, et cette obligation est le fondement même du droit, règle sociale».

A salvaguarda dos direitos individuais naturais é, portanto, o fim do direito objectivo. Esta doutrina diz respeito ao fim do direito e não à sua fonte; é uma doutrina de direito natural e não de técnica jurídica.

Na outra definição, surge-nos o individualismo jurídico como fonte de regras de direito. Hauriou, por exemplo, distingue o direito social do direito individual. O primeiro, dividindo-se em direito estatutário

e disciplinar, forma-se na instituição; o segundo, é constituído pelos usos do comércio jurídico (conjunto de formas jurídicas criadas pelo comércio económico). Distinguem-se pela fonte donde promanam: o direito social tem a sua origem no poder criador das instituições; o direito individual ou individualista, no poder criador dos indivíduos no comércio jurídico, isto é, na autonomia da vontade. Para Hauriou, portanto, individualismo jurídico é o sistema no qual as regras de direito são obra dos indivíduos.

Gounot tem uma concepção idêntica: «Les deux principes de la pure doctrine individualiste et liberal pourraient se formuler ainsi: d'une part, pas d'obligation sans contrat; d'autre parte, tout engagement contractuel est licite. Seul je peu m'engager; je peux m'engager tant ce que je veux».

O individualismo jurídico é, assim, para Gounot, o sistema no qual o indivíduo é o único criador de situações jurídicas.

2. Dissemos que à manifestação do individualismo político no conteúdo da norma jurídica se dá por vezes o nome de individualismo jurídico. A questão não teria importância se fosse de mera terminologia, se consistisse somente na má adjectivação duma palavra comum. Mas a gravidade do caso está em que os autores confundem, tratando como se fosse uma só, duas questões que se situam em planos completamente distintos: Uma — a da vontade como fonte de direito, pertence à técnica jurídica; a outra, é um problema de política legislativa. A maneira como se denomina determinado problema tem fundamental importância porque pode levar a confusões conceptuais de perigosas consequências.

Por isso antes de nos ocuparmos do assunto deste trabalho vamos fazer referência a certas realidades vulgarmente incluídas no problema do individualismo jurídico. Por exemplo, o princípio da liberdade contratual. A liberdade contratual domina o nosso código civil. A maior parte das disposições legais respeitantes aos contratos são interpretativas e intregadoras. As normas proibitivas e imperativas são muito raras.

A liberdade contratual é perfeitamente compreensível à luz da ideia política individualista. Acima de tudo estão os interesses do homem, e, sendo ele o melhor conhecedor e defensor dos seus pró-

prios interesses, há-de exercer uma actividade contratual em ordem a realizá-los.

Ora este princípio da liberdade contratual não pode nem deve confundir-se, como vulgarmente se faz, com o problema da autonomia da vontade que pertence, de pleno, à ciência do direito. Naquele não está em causa, como neste, o problema teórico de saber se a vontade é, só por si, vinculante. Examinaremos em breve esta questão e veremos que só a lei pode obrigar, que só ela vincula ao contrato as partes contratantes; veremos ainda que a vontade das partes é, afinal, a própria vontade da lei. O princípio da liberdade contratual é outra coisa: impõe ao estado um dever de não obstar a que os particulares ajustem entre si todas as espécies de convenções que eles julguem úteis à realização dos seus interesses e à satisfação das suas necessidades. Isto independentemente de saber se esses contratos recebem a sua obrigatoriedade jurídica da vontade ou da lei.

Os dois princípios não são, é certo, completamente independentes; por vezes justapõem-se, sem contudo nunca se confundirem. Na verdade, na medida em que não há liberdade contratual, não existe também autonomia da vontade. Assim se explica que o art.º 671.º sirva como exemplo de norma limitadora, simultâneamente dos dois princípios.

A concepção, absoluta e exclusivista, do direito de propriedade, plenamente consagrada nos art.ºs 2.167, 2.169, 2.287, 2.315 e 2.357; a estrutura hierárquica da família no Código Civil ou a sua subversão com a introdução do igualitarismo nas relações familiares, resultante da publicação das leis de família de 1910; a liberdade de testar, etc., etc., são outras tantas manifestações de ideias políticas (individualistas, liberais e democráticas) no conteúdo da norma jurídica. Este conteúdo mostrou-se, a breve trecho, inadapável às novas realidades sociais. Os indivíduos, fazendo mau uso da liberdade concedida, criaram uma situação social instável, pouco propícia à realização do ideal individualista da felicidade individual. Revelou-se, desta forma, a falência dos meios preconizados pelos princípios individualistas e liberais: sobrevalência dos interesses individuais em relação aos interesses sociais, liberdade absoluta do agir pessoal. Era preciso, portanto, produzir uma nova legislação que, esclarecida pela experiência amarga da aplicação daqueles princípios, fosse mais idónea para atingir o ideal da felicidade individual. E no conteúdo da

norma passaram a actuar novas ideias políticas: nacionais socialistas, fascistas, sociais católicas, socialistas, comunistas, etc., mas fazer uma nova legislação não era tarefa fácil nem rápida, e, por outro lado, tornava-se imperioso dar solução imediata aos casos em que mais flagrante fosse a contradição entre a lei e a realidade da vida. Por isso surgiram certas correntes doutrinárias pretendendo, explícita ou implicitamente, adaptar, através da jurisprudência, as leis individualistas às necessidades sociais. A jurisprudência de interesses e a escola de direito livre procuram fazer esta adaptação, dando ao intérprete uma grande liberdade de movimentos, ou até, poder normativo criador. A teoria da causa, a teoria do abuso do direito, a teoria do «rebus sic stantibus», procuram anular actos jurídicos que levem o selo do espírito da legislação à luz da qual foram realizados — a legislação individualista.

A tudo isto é alheio o problema que vamos agora tratar: o papel da vontade na formação do direito.

3. Sabemos já o que se entende por individualismo jurídico ou voluntarismo: doutrina que afirma ter a vontade um poder jurídico criador. Cumpre, porém, distinguir duas correntes individualistas: uma concebe a vontade privada com um poder próprio, originário e imanente, de criação jurídica; a outra considera esta força criadora uma concessão do direito objectivo.

A primeira orientação, a mais radical, é predominantemente francesa, a segunda é de origem alemã. Mas as duas doutrinas tiveram como causa o mesmo facto: a laicização do direito. O direito baseava-se numa ordem providencial, determinada e imposta por Deus. A vontade humana ficava limitada pelo direito natural divino. Tudo o que existia se fundamentava nele.

Com o nascimento do jusnaturalismo laico, desaparece essa ordem divina, esse fundamento último e inicia-se o período doutrinário do individualismo. Nenhuma vontade superior comanda os homens (1).

(1) (Escreve o Prof. L. Cabral Moncada, na *Filosofia do direito e do Estado* (pág. 199): «Dá-se aqui uma total inversão dentro do esquema do pensar jusnaturalístico de todos os tempos, em que o elemento subjectivístico da liberdade individual vem ocupar o lugar do elemento objectivístico da lei e da ordem universal).

Mas enquanto os franceses ficaram por aqui, constituindo o direito natural sobre a base dos direitos originais e naturais do indivíduo, os alemães foram mais além. Concedem um direito subjectivo ao Estado, como fonte mediata e última de todas as faculdades individuais de poder. Deste direito subjectivo do Estado, desta soberania, desta «Herrschaft», derivam os direitos individuais.

Com Hegel o Estado torna-se todo poderoso porque realiza, em si e por si, o ser social e o individual. Mas, em virtude desta síntese, o poder sem limites do Estado não pode ofender os direitos do indivíduo nem os da sociedade, porquanto a realidade de ambos será tanto maior quanto mais potente e mais forte for o Estado (1).

Por conseguinte, a força criadora da vontade é uma espécie de concessão da lei.

As doutrinas francesa e alemã fundamentam, muito diferentemente, o voluntarismo jurídico. Mas, seja como for, tanto numa como noutra, a vontade tem o poder, pelo menos mediato, de criar direito. E isto justifica que as denominemos da mesma forma.

Vamos agora ver como construiu esta doutrina os conceitos de acto jurídico e direito subjectivo. Escolhemos estes dois conceitos porque é através deles que ela melhor se revela. Os autores costumam estudar o individualismo também no conceito de pessoa colectiva. Consideram a teoria da ficção de inspiração individualista, porquanto ensina que só os homens são reais, só eles, individualmente considerados, são seres dotados de inteligência e de vontade. Por conseguinte, as chamadas pessoas colectivas são uma pura criação da lei, são puras ficções. Ora a teoria da ficção, como a da realidade, não toca no problema jurídico da personalidade, constituindo somente uma explicação sociológica da sua realidade infrajurídica. O erro da teoria da ficção provém dos seus autores não terem apreendido isto: não existem ficções no direito, o qual considera a realidade dum ponto de vista lógico-formal. Não compete ao direito reproduzir nem modificar a realidade natural. Quando o direito trata de uma maneira única, realidades naturalmente diversas, reduzindo a um tipo

(1) É mais uma alloração do famoso método dialéctico: a sociedade e indivíduo são dois conceitos contrários, tese e antítese, sendo os seus interesses inconciliáveis. O bem da comunidade exige a unificação dos dois termos numa entidade superior, numa síntese: o Estado).

delimitado determinada valoração, não se dá uma ficção porque o direito não considera essas realidades *naturalmente* iguais, mas iguais, simplesmente, na sua *relevância jurídica*. Dizer que a pessoa colectiva é uma ficção porque só o homem tem vontade e inteligência é confundir uma realidade natural — a pessoa colectiva não tem uma vontade própria — com uma realidade jurídica — a pessoa colectiva tem uma vontade jurídica.

Não se imputam certos efeitos a um sujeito de direito por este os haver querido, mas sim, porque se imputam tais efeitos, são estes queridos *juridicamente* pelo sujeito.

Para o individualismo jurídico o acto jurídico é uma manifestação de vontade produtora de efeitos de direito. Note-se que os criadores se referem a uma vontade psíquica e concreta, do homem, e não a uma vontade jurídica.

O contrato consiste no encontro de duas vontades autónomas.

Se a vontade psicológica não existe, o contrato não se forma; se é viciada, o contrato será totalmente viciado. «Em resumo: no acto jurídico a vontade é tudo: é o único elemento essencial da sua formação, assim como a base única da sua interpretação. Só sou obrigado por um acto jurídico se eu quizer, no momento em que quizer e na medida em que quizer» (1). Os autores não dizem qual a razão da força obrigatória dos contratos. Fazem do indivíduo, da sua vontade livre, a causa única do direito e, por isso, todo o acto emanado de uma vontade individual dirigida para a produção de efeitos de direito deve produzir esses efeitos. A força obrigatória do contrato é «um postulado da razão pura» que se deve tomar para base de raciocínios posteriores sem o procurar demonstrar.

À doutrina que procura fundamentar a força obrigatória dos actos jurídicos na vontade, deram os juristas franceses clássicos o nome de doutrina da autonomia da vontade (2).

O seu princípio fundamental é este: A vontade livre dos particulares é condição necessária e suficiente para que surja uma obrigação jurídica.

(1) Gounot (pág. 136 — op. V.).

(2) Surgiu da necessidade de encontrar explicação e justificação para o célebre art.º 1.134.º do Cód. Civil francês: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites».

Deste princípio tiram-se alguns corolários :

- 1.º As obrigações só têm os efeitos queridos pelas partes.
- 2.º A manifestação de vontade é simples roupagem da vontade interna.
- 3.º A missão do juiz consiste unicamente em procurar a intenção presumida do autor do acto jurídico.
- 4.º As obrigações só podem ser alteradas pela vontade das partes, expressa ou tácita, formulada à nascença da obrigação, ou por uma convenção.
- 5.º As obrigações extinguem-se de acordo com a vontade das partes.

O acto jurídico ideal para esta doutrina era sem dúvida o contrato, baseado na igualação de vontades livres e independentes que se encontram. Nos códigos civis regula-se o contrato como a fonte quase única das obrigações, chegando-se, por vezes, à confusão das duas noções. Contratualizam-se quase todas as relações jurídicas entre os homens. A família, por exemplo, resumia-se a um conjunto de vínculos voluntários e de obrigações convencionais. A eficácia jurídica, a conservação ou supressão do casamento, dependia da vontade das partes. «Historiquement—diz Fouillée (*Science social*, pág. 394), il est incontestable que le régime contratuel tend à dominer de plus en plus dans les sociétés modernes : le droit attache une importance croissante à l'idée de contrat, qui finit par remplir les neuf dixièmes de nos codes et qui un jour y figurera depuis le premier article jusqu'au dernier».

Até nos casos de evidente imposição pela lei de relações de direito, esta doutrina não vê mais do que uma presunção de contrato tácito. O contrato incorpora-se na ordem jurídica e se um dos contraentes se recusa a cumprir o contrato, o outro contraente tem o direito à protecção da autoridade pública que obriga aquele a cumpri-lo, tal como se obrigasse a cumprir uma lei.

Na Alemanha apareceu uma doutrina muito semelhante à da autonomia da vontade e que conduz aos mesmos resultados : a *Willenstheorie*. Influenciada sobretudo pelo hegelianismo, vê no direito objectivo uma série de imperativos protectores da vontade, considerada em si mesmo abstractamente. A vontade, habilitada pelo direito

objectivo, pode não só transformar em ser o dever da norma geral mas também, por si mesma, criar normas individuais. O acto jurídico, diz Windscheid, é a manifestação do poder criador da vontade privada no domínio jurídico. Os autores voluntaristas costumam dizer, erradamente, como demonstraremos adiante, que o princípio da autonomia da vontade se encontra acolhido no nosso código. Citam como artigo fundamental o art.º 702.º: «Os contratos, legalmente celebrados, devem ser pontualmente cumpridos». O art.º 684.º parece, também, fazer da vontade real o objectivo único de interpretação, indicando o processo de se alcançar essa vontade. («É nulo o contrato sempre que dos seus termos, natureza e circunstâncias, ou do uso, costume ou lei, se não possa depreender qual fosse a intenção ou vontade dos contraentes sobre o objecto principal do mesmo contrato»). Ainda se costumam citar os art.ºs 656.º e seguintes, 663.º e 688.º, pelos quais só a vontade real e livre produz efeitos jurídicos. Os art.ºs 1.761.º e 1.837.º (1), no capítulo da interpretação das disposições testamentárias, e o art.º 1.056.º, no direito de família, servem de exemplo àqueles autores.

Para a teoria voluntarista do direito subjectivo este direito é um poder de vontade protegido pela ordem jurídica.

Windscheid emprega a expressão direito subjectivo em dois sentidos diferentes (*Diritto delle Pandetta*, vol. I, tradução italiana de Fadda e Bensa, págs. 169). Num primeiro sentido, consiste no poder de impor determinado comportamento a certa ou certas pessoas; o direito objectivo emite uma norma geral de conduta deixando a sua realização à vontade livre daquele em favor do qual ele foi instituído.

A vontade do titular é decisiva para fazer actuar a norma. Assim se faz a passagem do direito objectivo para o direito subjectivo. Num segundo sentido, há direito subjectivo quando a vontade do titular tem eficácia para fazer nascer direitos da primeira espécie ou para extinguir ou modificar os já existentes. É, por exemplo, o caso

(1) Art.º 1.761.º «*Em caso de dúvida sobre a interpretação da disposição testamentária, observar-se-á o que parecer mais ajustado com a intenção do testador, conforme o contexto do testamento*».

Art.º 1.837.º «*O equívoco do testador a respeito da pessoa do legatário, ou da coisa legada, não anulará o legado, se puder mostrar-se claramente qual era a intenção do testador*».

do proprietário alienar a coisa sua, do credor ceder o seu crédito, etc. Ao titular atribui-se uma vontade decisiva, não para a actuação, mas para a existência da norma de conduta.

O direito subjectivo pode, portanto, ser um poder de vontade (*Willensemacht*) ou uma soberania de vontade (*Willensherrschaft*), realizando aquele o direito objectivo, criando este a ordem jurídica.

Podemos considerar também individualista a teoria de Iellinek. Este autor, embora contrário à doutrina individualista tradicional dos direitos naturais do homem, ensina que os direitos subjectivos são poderes de vontade impondo-se a outras vontades. O direito subjectivo, formulado pela vontade do Estado, titular do direito subjectivo de soberania (*Herrschaft*), regula a actividade doutras vontades, limitando-as reciprocamente nas suas relações entre si, pela criação de direitos subjectivos. Estes são, assim, poderes que a lei reconhece às vontades, em face das quais a actividade das outras se encontra limitada. Mas este poder de querer não é concedido abstractamente; é preciso que se queira alguma coisa, um bem. Este bem, considerado em relação com um efeito determinado, constitui um interesse (1). O poder de vontade sem um conteúdo, sem um bem, não é um direito mas uma situação de facto. A ordem jurídica concede poderes de vontade para os sujeitos realizarem os seus interesses. Mas, para que um bem possa dar lugar a um interesse, não basta a apreciação individual, sendo preciso que seja considerado como tal pela ordem jurídica, a qual representa uma síntese das opiniões individuais acerca não só da utilidade da coisa, mas também do que deve ser considerado interesse. A ordem jurídica diz o que são bens, o que são interesses. Podem, portanto, existir bens jurídicos não reconhecidos como tais por certo indivíduo por se lhe apresentarem falhos de utilidade e, vice-versa, não basta uma apreciação individual para que uma coisa se torne bem jurídico.

Esta teoria, como se vê, embora fundamentalmente voluntarista, tem um elemento objectivo porque, segundo ela, o direito não protege a vontade do sujeito em si mesma, mas a vontade dirigida para bens ou interesses, considerados como tais pela ordem jurídica.

(1) *Tutto ciò che, considerato obbiettivamente, appare como um bene subbiettivamente diventa un interesse». Iellinek — Sistema dei diritti publici subbiettivi, pág. 47.*

O legislador do nosso código civil, não querendo certamente tomar partido por nenhuma das orientações discutidas na doutrina (teoria do interesse, teoria da vontade e teorias ecléticas), teve o cuidado de não introduzir na definição legal do art.º 702.º quaisquer termos que lhe fornecessem um carácter doutrinário. Daqui resulta uma fórmula neutra, onde se podem incluir, sem perigo de contrariar a lei, todas as definições possíveis de direitos subjectivos (1).

4. O fundamento subjectivo e voluntarista da norma jurídica, foi negado por numerosas doutrinas, das quais sobressaiem o realismo de Duguit, o institucionalismo e a doutrina nacional-socialista. As duas primeiras tiveram enorme repercussão no espírito dos juristas de numerosos países, entre os quais Portugal; a última tem o interesse de não se ter confinado à letra morta dos textos doutrinários, encontrando efectiva e integral realização prática.

Para Duguit a vontade é uma mera condição para a realização da regra do direito em dado caso. O efeito de direito tem a sua causa no direito objectivo e não na vontade. Exemplificando, diz ele que o efeito imediato da vontade duma pessoa quando assina um contrato, é que a mão trace no papel certos caracteres; o efeito jurídico, é a lei que lho dá e não a vontade do contraente. A criação jurídica representa o efeito que o direito objectivo liga ao movimento corpóreo, objecto imediato da vontade, mas fica alheia a esta vontade a qual não pode modificar a regra de direito.

Duguit eliminou o conceito de direito subjectivo e substituiu-o pelas situações jurídicas, umas objectivas, subjectivas outras. Ambas têm a sua causa no direito objectivo; ambas têm o mesmo processo de formação — a reunião das condições legais. Estas condições, nas situações objectivas, podem ser um simples facto ou um acto jurídico; nas situações subjectivas, é sempre um acto jurídico que realiza as

(1) O Sr. Dr. Cunha Gonçalves afirma no vol. I do seu Tratado, que no art.º 702.º está expressa a teoria da vontade. Cremos o preceito vago e impreciso demais para podermos aceitar tal opinião que, aliás, deve ter sido influenciada pela definição voluntarista de Coelho da Rocha (semelhante na forma à do Código Civil) um dos membros da comissão revisora do Código Civil: «Direito, no sentido de faculdade moral ou tomado objectivamente, é o poder legal, que compete a uma pessoa, de fazer alguma coisa, ou exigir que outrem o faça.

condições legais necessárias para que apareça uma nova situação jurídica. As duas situações têm a mesma origem e o mesmo processo de formação; só diferem nos caracteres: geral e permanente a objectiva, especial e transitória a subjectiva.

O institucionalismo, sobretudo na tendência extrema de Delos, reduz o papel da vontade à determinação dos motivos e à liberdade de contratar ou não contratar. Para Delos não há vontade autónomas, mas somente vontades submetidas a um objecto (a causa, nos contratos). Por isso, o contrato é a adesão recíproca a uma justa troca, a uma equivalência objectiva de valores. Esta equivalência é a causa do contrato. A causa tem a sua realidade própria, a sua existência objectiva, distinta das representações subjectivas ou motivos. É a este título de realidade objectiva que a causa transforma o contrato numa realidade jurídica e social, com existência própria extra-individual, objectiva em relação aos contraentes.

O institucionalismo subalternizou o direito subjectivo dando vida a uma nova realidade: os estatutos ou situações objectivas. Renard definiu-as como um conjunto de «vantagens e encargos, que se deduzem da nossa participação nesta ou naquela instituição, e que são simplesmente o reflexo desta última sobre os seus membros».

Na doutrina jurídica extremista nacional socialista, que tem em Hoehn o seu principal representante, desaparecem as formas ou conceitos da velha dogmática jurídica. Pode dizer-se que a doutrina de Hoehn se caracteriza pelo ódio ao conceito de personalidade, individual e jurídica. A realidade concreta é esta: os indivíduos não existem como indivíduos, mas como personalidades comunitárias ou da comunidade (*Gemeinschaftspersönlichkeit*). O Estado também não é uma pessoa jurídica (a soma dos sujeitos jurídicos exigira qualquer coisa que a resumisse; daí a ideia de pessoa). «A verdadeira pessoa ou personalidade é, portanto, a *Gemeinschaftspersönlichkeit*; é o indivíduo, enquanto olhado exclusivamente como membro da comunidade, e não já como pessoa individual, separada do Volk; é o indivíduo enquanto vive e age em união íntima, em relação estreita, em plena solidariedade com os outros membros da *Gemeinschaft*, a qual tudo coordena num único organismo, suprema realidade concreta e visível explicação última dos seus componentes.

Numa tal concepção comunitária, cada membro da comunidade, cada *Volksgenosse*, precisamente porque não é mais um formal sujeito

de direito (não é um *Rechtsgenosse*), mas um companheiro de raça dominado totalmente (*Ganz erfassen*) pela *Gemeinschaft*, não pode deixar de ter uma atitude, uma orientação, um ponto de vista comunitário a respeito de cada coisa» (Olgiate, «Il concetto di Giuridicità nella scienza moderna del diritto, pág. 252).

Apagado o conceito de pessoa jurídica, deixa de haver relações jurídicas entre o Estado e o indivíduo; eliminada a pessoa individual acabam as relações jurídicas entre os indivíduos. O direito subjectivo desaparece totalmente da ciência do direito.

O acto jurídico também não se pode alhear da comunidade jurídica. Os indivíduos encontram-se em certas situações jurídicas resultantes do lugar ocupado por eles, como membros da comunidade, na estrutura social desta. Essas situações exigem dos indivíduos o exercício de certas funções sociais ou serviços. São, por assim dizer, órgãos do mesmo organismo. Ora é como órgãos da comunidade que eles contratam. Os contratos são, desta maneira, olhados dum ponto de vista orgânico; não são fruto da vontade particular mas da vontade dos órgãos da comunidade ou, antes, da vontade da comunidade através dos seus órgãos; não visam satisfazer os interesses particulares, mas sim a consolidação das células e órgãos do corpo social, que exige a troca regular de coisas e serviços. Não pode haver, desta sorte, atagonismos de interesses, mas antes uma harmonia entre os membros e órgãos do mesmo organismo.

As ideias de vontade privada e de interesse privado desaparecem para dar lugar à ideia de comunidade e de lei, à qual os contratos são equiparados.

CAPÍTULO II

O verdadeiro papel de vontade na criação do direito

5. Todas as correntes anti-individualistas examinam e criticam o individualismo jurídico à luz dum conceito próprio de direito.

Duguit, cujo pensamento é filho da corrente filosófica positivista de Comte e do sociologismo de Durkheim, pretendeu encontrar o conceito de direito na realidade social, «constatando os factos e não afirmando como verdadeiro senão o que a observação directa podia verificar». Empregando este método, definiu o direito como lei natu-

ral da interdependência social, «le fait fondamental de toute société humaine». E desde que é a fonte única do direito, a consciência individual não pode criar a norma jurídica, mas tão somente reconhecê-la. O direito é, portanto, objectivo e superior a todas as contingências, independente dos sentimentos, das concepções e das vontades individuais, impondo-se aos indivíduos, aos Estados e até ao conjunto de Estados.

Duguit faz derivar dum facto, dum ser — a solidariedade —, um dever ser — a norma —. E sobre aquele nem sequer faz incidir um juízo de valor que distinga a boa da má solidariedade.

Os intuitivistas, excepto os propugnadores do alargamento da concepção institucional a todo o direito, adoptam uma atitude dualista. Segundo eles, é preciso reconhecer perante os factos (1) a existência de dois elementos criadores de direito, elementos que têm a virtualidade de imprimir o traço da juridicidade: o indivíduo e a instituição; um elemento de subjectividade e de autonomia, e um elemento de autoridade e de objectividade. Este dualismo da realidade jurídica é sublinhado sobretudo na doutrina de Renard. «Os termos deste dualismo são o homem e a associação, o indivíduo e a sociedade; traduzidos em termos jurídicos, o contrato e a instituição. Para além desta separação fundamental surgem-nos, derivados dela, uma infinidade de outros; dois são os sujeitos de direito: a pessoa humana e a instituição; duas são as fontes originais de direito: a vontade e a ideia; as relações contratuais são constituídas e determinadas pela vontade dos sujeitos; a instituição constitui-se em volta da ideia que representa o fim do agrupamento ou associação institucional; no contrato prevalece o momento subjectivo da vontade, na instituição o momento do fim». Em suma «si toute institution engendre une règle de droit, en revanche toute règle de droit n'est pas institutionnelle». Contudo, e porque Renard é anti-individualista, o contrato não é concebido como uma relação entre átomos separados.

(1) *Estes juristas, de tanta fantasia, intitulavam-se realistas. «J'ai le grand souci que les théories ne dépassent jamais les faits» escreve Hauriou; deve haver «le souci du réel dans l'élaboration de la science du droit... cherchez le réel» proclama Renard; e Gurvitch justificava a complexidade das suas ideias dizendo que só ela «nous rapproche du réel».*

O carácter de juridicidade do contrato não significa que exista um homem abstracto, dotado de direitos naturais inatos, alheio aos laços de interdependência social. É que Renard é jusnaturalista católico, e este direito natural impõe-nos, não indivíduos soberanos e isolados mas numa ordem jurídica que «est la coaptation des activités individuelles aux fins de la communauté superieures: ubi societas, ibi jus; ubi jus, ibi societas». E é nesta ordem que os indivíduos, como membros do Todo, exercem a sua actividade social. Gurvitch, também é dualista, substituindo, no entanto, a ideia de instituição pela de facto normativo. A comunidade, num só e mesmo acto, gera o direito e funde a sua existência sobre ele. Ela tem imanente, em si, o direito, e este está imanente nela.

A doutrina jurídica nacional-socialista não tem já uma concepção sociológica da juridicidade, mas política; o político precede o jurídico. A *Gemeinshaft* ou a *Volks-gemeinshaft*, fonte de todo o direito, é uma colectividade orgânica, uma unidade política; o *Fuhrer*, chefe político da comunidade, é o intérprete do espírito nacional ou pensamento comunitário e, portanto, o criador da legalidade. O direito realiza-se através da política, a política representa-se através do direito.

Esta doutrina, ao contrário das antecedentes, parte dum dogma político e procura interpretar os factos à luz deste dogma. O politicismo jurídico é a expressão duma ideologia política. Para o fascismo italiano também o ordenamento jurídico era uma projecção do ordenamento político. Basta ler esta passagem de Dino Grandi (Grandi e Rocco são os juristas mais representativos do fascismo) para se ver que assim é:

«Noi crediamo non solo che non esistino confini o diaframini tra politica e diritto, ma siamo convinti che fra essi vi sia invece un nesso assoluto, in quanto reppresentano façi indissociabili nel divenire di un popolo. La politica é la vita del diritto; questo é della prima la certezza, l'unita, la forza. Il diritto no é fatto solanto di schemi e categorie logiche sostanzialmente immutabili. Esso deve procedere e svilluparsi nel suo contenuto essenziale, ni rapporto constante, coerente ed organico, colle graduali transformazio ni dell'organizzazione politica, e nella legislazioni dello Stato. Sotto tale aspetto ben puó dirsi che il diritto é l'arte dello Stato (Grandi, Tradizione e rivoluzioni nei codici mussoliniani, Roma, 1940, pág. 8).

Rocco é também de opinião que o novo direito fascista não era senão a realização, no campo do direito, da ideologia política do fascismo. O legislador e o jurista devem realizar esta ideologia, cuja ideia base é a hegemonia do Estado e a inteira subordinação a este do indivíduo. «Lo Stato fascista é lo Stato veramente romano, quello cioè che domina tutte le forze esistenti nel paese e tutte sottopone alla sua disciplina». Era esta, aliás, a ideia que encerrava a célebre frase de Mussolini: «Tutto nello Stato, nienti al di fuori dello Stato, nulla contra lo Stato».

O conceito fascista de direito não coincide com o conceito anti-legalista do nacional-socialismo. Este faz uma distinção profunda entre direito ou Recht e lei ou Gesetz. O direito é gerado pela Gemeinschaft do povo e pode obrigar mesmo que não revista forma legal. A lei é a simples expressão da essência da comunidade. Para o fascismo, pelo contrário, direito e lei identificam-se.

Todas estas doutrinas tratam o problema do papel da vontade na criação do direito através dum conceito próprio de direito. E só assim, com efeito, é possível chegar a uma conclusão. Vamos, por conseguinte, também procurar qual o verdadeiro conceito de juridicidade para à sua luz apreciamos devidamente o erro em que labora o voluntarismo ou individualismo jurídico. Não escondemos a nossa simpatia pelo Kelsiano conceito puro de direito. Tem Kelsen batalhado em toda a sua obra por esta verdade que parece tão evidente mas que tão raramente é aceite pelos juristas: o conceito de direito deve ser um conceito jurídico. E, na verdade, se quisermos fazer do direito uma ciência autónoma, devemos libertá-la de todos os elementos que exorbitem do seu âmbito. Kelsen, como fiel discípulo de Kant (o método faz o objecto), chega à pureza do conceito de direito através da pureza do método jurídico. A ciência jurídica tem que depurar-se de todos os elementos históricos, sociológicos, políticos, meta-físicos, etc., pertencentes a outras ordens do conhecimento; pertencem à realidade natural, ao ser. O direito pertence a outra categoria ontológica: ao dever ser. Faktizität e Normativität são dois mundos separados por um abismo intransponível. O direito é concebido como uma realidade espiritual. É por isso que, por exemplo, uma reunião de homens, discursando e votando numa sala, não pode por si produzir direito; é o sentido imanente, a significação específica que faz que naquela reunião de homens se produza uma lei. «O que torna

um acto jurídico (ou anti-jurídico), não é a sua realidade, não é o seu «ser», natural, isto é, submetido ao cego causalismo que domina o sistema da natureza, mas o «sentido» objectivo que está ligado ao acto, a «significação» que possui.

O facto em questão tem o seu sentido e a sua significação propriamente jurídica, em virtude de uma norma que a ela se refere, convertendo-o no seu próprio conteúdo; de tal forma que o acto pode ser interpretado em função da norma que lhe atribuir a qualidade jurídica».

Não, é, portanto, o conteúdo o elemento que confere o carácter de juridicidade. Qualquer conteúdo pode ser direito. Basta que tenha a forma de juridicidade, que é a normatividade. Este é o elemento especificador do direito.

Estas normas constituem um sistema, uma ordem. Mas o que reduz à unidade sistemática e orgânica a pluralidade de normas jurídicas? Uma multiplicidade de normas constitui um sistema autónomo, uma ordem, quando a sua validade deriva de uma mesma norma, que recebe o nome de norma fundamental (Grundnorm). Segundo a concepção Kelsiana, a produção das normas jurídicas faz-se por escalões, em que as normas posteriores mais concretas, encontram o fundamento da sua validade — só podemos encontrar o fundamento numa norma noutra norma — em normas anteriores, mais abstractas.

Mas o direito positivo tem de chegar a uma norma que já não pode encontrar o seu fundamento noutras normas de direito positivo e, por isso, temos de admitir a existência numa norma hipotética (norma fundamental) que servirá de fundamento último de todas as normas. A norma fundamental da ordem jurídica não pode ser estabelecida de um modo jurídico-positivo, mas somente pode ser suposta, hipotética, sem justificação jurídica ulterior, sem referência a outra norma fundamental, porque se trata precisamente de uma norma primária. «Quando as diversas normas de um sistema jurídico são referidas a uma norma fundamental, dá-se a entender que a criação dessas normas se realizou de acordo com o método estabelecido por aquela norma fundamental. Se se perguntar qual a razão por que um acto de coacção qualquer, por exemplo, o facto de um homem tirar a liberdade a outro, metendo-o na cadeia, é um acto jurídico, pertencente a determinado sistema de direito, a resposta é o seguinte: por-

que esse acto foi prescrito por uma determinada norma individual, por uma sentença judicial. Se se perguntar, ainda, porque esta norma individual vale como elemento de um determinado sistema jurídico, a resposta é: porque foi criada de harmonia com o Código Penal. E se, posteriormente, se perguntar qual o fundamento da validade desse Código Penal, vai-se parar, no fim de tudo, à constituição do Estado, de acordo com as prescrições do qual foi criado o Código Penal, pelos órgãos competentes segundo o processo estabelecido na mesma constituição.

Mas se se perguntar pelo fundamento da validade da constituição na qual se baseiam todas as leis e todos os actos jurídicos realizados com base nela, vai-se parar, talvez, a uma constituição histórica, outorgada por algum parlamento, constituído de qualquer forma.

Ora bem: Todo o conhecimento de ordem jurídica baseado nesta constituição tem de partir de um pressuposto, como é natural, a saber: Que aquilo que o primeiro órgão histórico constituinte organizou como expressão da sua vontade tem valor de norma.

«A coacção deve realizar-se pela forma e nas condições determinadas pelo primeiro legislador constituinte ou pelos órgãos em que ele delegou». É esta a formulação sistemática da norma fundamental de uma ordem jurídica.

Para a teoria pura de direito, esta norma fundamental tem o carácter de um fundamento hipotético. Supondo a validade desta norma, é também válida a ordem jurídica que nela se baseia.

Só com este pressuposto se pode interpretar como direito, isto é, como sistema de normas jurídicas, o material que se oferece à interpretação jurídica. Conteúdo concreto da norma fundamental de qualquer ordem jurídica, determina-se de acordo com a qualidade daquele material, quer dizer, nos actos que não-de interpretar-se como actos jurídicos. A referida norma é a tradução do pressuposto necessário para qualquer concepção positivista do material jurídico». (*Teoria pura do direito*).

Se estamos de acordo com Kelsen pelo que diz respeito ao conceito de direito, já o mesmo não podemos dizer quanto ao modo como hipoteticamente fundamenta o direito. Para o jurista, como jurista, o direito acaba na constituição; o fundamento desta já não é uma questão jurídica, mas metajurídica, filosófica. Repetindo o raciocínio, atrás transcrito, de Kelsen, encontraremos o fundamento do dever ser

duma sentença judicial, por exemplo, num dever ser do Código Penal; se quisermos saber qual o fundamento deste dever ser temos que o procurar num dever ser da constituição; mas se se perguntar qual o fundamento deste dever ser, o jurista tem que encolher os ombros e aceitá-lo como um dogma.

Não podemos ir encontrá-lo na constituição anterior, porque esta já não tem validade, perdeu toda a significação jurídica, está reduzida a um mero factio material, a um bocado de papel. Se o jurista teimar em procurar aquele fundamento, deve despir as suas vestes e vestir as do filósofo. E então procura-o, por exemplo, num dever ser puro, num valor, que será o valor Justiça.

O direito pertence, portanto, ao mundo do dever ser; as normas não enunciam o que sucede ou sucederá, mas o que deve ser. A norma não pode ser uma aplicação da lei da causalidade; só o mundo do ser, se rege pela lei da causalidade, pelas leis naturais que enunciam a produção necessária de determinados efeitos, dadas certas condições.

Na norma surge-nos um princípio análogo ao da causalidade: a imputação. A imputação normativa é uma operação mental característica de todas as ciências normativas e constitui o modo de enlace típico de duas partes na norma. Os elementos contidos na norma jurídica, relacionam-se, não pelo princípio de causalidade, mas pelo vínculo do dever ser. O castigo é imputado ao delito, e o delito à pessoa castigada, porque a norma o estabelece. Se certa pessoa pratica um crime, o tribunal deve puni-lo. E com base neste conceito constrói-se a vontade jurídica. Vontade, juridicamente, é uma consideração normativa, que representa um centro de imputação. Antes de examinarmos mais de espaço a vontade jurídica, vamos ver como dentro da normatividade se distingue a norma jurídica das outras normas não jurídicas. Isto equivale a perguntar: qual a diferença específica do direito?

A norma jurídica é uma norma de coacção. Compreende-se que a coacção seja essencial a toda a norma jurídica se se pensar que o direito é uma ordem normativa heterónoma. Ora uma ordem heterónoma sem sanções careceria de sentido porque lhe faltava o meio específico de conseguir o seu cumprimento. Este elemento coacção distingue o direito das outras disciplinas normativas como, por exemplo, a moral.

6. A ciência jurídica, como toda a ciência, tem uma terminologia própria e, embora por vezes empregue palavras comuns às linguagens vulgar e científica, dá-lhes um significado particular. Dá-se isto com o termo vontade que nos aparece na psicologia e no direito. Esta identidade é, aqui, puramente verbal. Senão vejamos. É impossível as partes contraentes terem, representadas na consciência, todas as consequências jurídicas das suas declarações de vontade. Mas, não obstante as partes não terem previsto estas consequências (e não se pode querer o que não está representado dum modo actual na consciência) os efeitos valem como queridos. Isto em virtude da vontade jurídica ser independente da psicologia. Como a ciência jurídica não quer prescindir da palavra vontade, torna-se necessário determinar-lhe o sentido.

Já dissemos o que se entende por imputação: modo de enlace típico de dois factos na norma. Convém distinguir duas classes de imputação: de um facto a outro facto (consequência e condição jurídicas); de um facto a uma pessoa. A imputação pessoal é a forma de enlace normativo entre o sujeito do dever e o objecto do mesmo, tal como o estabelece o preceito. O objecto do dever ser é constituído, normalmente, por actos voluntários do sujeito, mas nem sempre assim é, podendo, inclusivamente, ser um facto externo. A norma parte dum facto externo do sujeito e imputa-o à mesma pessoa; este ponto ideal que funciona como centro de imputação é a vontade jurídica.

Compreende-se agora o erro do voluntarismo: a vontade psicológica nem tem poder de criar direito, nem sequer tem, por si, significado jurídico.

Mas se a vontade não cria direito como explicar então a criação jurídica que indiscutivelmente surge do negócio jurídico? Quando dois indivíduos declaram que transferem entre si algum objecto ou quando um deles ou ambos se prestam a fazer coisas previstas na declaração de vontade, isto não significará, por si só, a celebração dum contrato e o aparecimento duma regra de direito? O individualismo jurídico daria uma resposta afirmativa. Mas nós sabemos já que o que torna jurídico um acto não é o seu «ser» natural.

A troca de palavras, de gestos, de escritos, são realidades pertencentes à facticidade e, portanto, são ou podem ser estranhas ao direito.

Com efeito, qual a razão por que uma assembleia de homens, dizendo certas coisas, levantando-se e sentando-se, fazendo gestos, constitui um parlamento forjando uma lei, e outra reunião de homens dizendo as mesmas coisas e fazendo os mesmos gestos não constitui um Parlamento nem da sua actividade brota uma lei? Qual a razão por que determinadas palavras pronunciadas por certo homem constituem uma sentença e se essas palavras forem pronunciadas por outra qualquer pessoa têm o valor das coisas inúteis? A razão é esta: aqueles actos têm um «sentido», possuem uma «significação» específica, que lhes são dados pelas normas jurídicas.

A norma dá-lhes a «cor» jurídica, colora-os, tornando-os visíveis para o direito, dá-lhes, enfim, fisionomia jurídica.

Da mesma forma acontece com os negócios jurídicos. A juridicidade das declarações da vontade provém da existência de certas normas jurídicas. E se estas normas não existissem elas não tinham significação jurídica.

Muda-se assim o fulcro da juridicidade da vontade psicológica para a norma. Esta juridicidade é dada pelo art.º 702.º do Código Civil (1).

Como se vê o princípio da autonomia da vontade não tem sentido; a vontade, por si, não tem qualquer poder jurígena. As operações materiais que constituem o contrato são banhadas de juridicidade por aquele artigo, o qual imputa aos contraentes, certas consequências jurídicas, voluntárias ou não. Só seria lícito falar numa autonomia de vontade se, não existindo o art.º 702.º, os contratos produzissem da mesma forma efeitos jurídicos. E como se deverá encarar o conceito de direito subjectivo à luz deste normativismo jurídico? Decerto não será poder de vontade, nem interesse protegido, nem nada que, como estas realidades, pertença à facticidade. Direito é dever ser; direito é norma. Direito subjectivo, que é direito, não pode ser um poder de vontade, físico ou moral.

Como defini-lo então? Toda a proporção jurídica estabelece um dever ser, mas pode também atribuir direitos subjectivos, faculdades.

(1) Este artigo corresponde ao art.º 1.134.º do Código de Napoleão, aquele artigo que para os juristas franceses individualistas constituía a consagração do princípio da autonomia da vontade.

Estes direitos são meros poderes ideais, qualidades de ordem ideal oriundas da lei.

A norma atendendo a certas situações de certos sujeitos, impõe uma especial atitude a uma, algumas ou a todas as demais pessoas.

Alguns exemplos.

A lei impõe que certas pessoas (pais, outros ascendentes, irmãos legítimos, germanos, uterinos ou consanguíneos) prestem alimentos a outras pessoas na situação jurídica de filhos legítimos ou legitimados. Diremos então que os filhos legítimos ou legitimados possuem o direito subjectivo a alimentos.

Se um comproprietário requerer a partilha, a norma impõe aos outros comproprietários o dever de desenvolver as actividades necessárias para a sua efectivação. Diz-se então que o comproprietário tem o direito subjectivo de requerer a partilha (art.º 2.180) (1).

Se, num contrato, um dos contraentes cumprir o contrato e o outro não quiser cumprir, aquele tem o direito de exigir deste o que houver prestado ou indemnização correspondente e a pena convencional ou, na sua falta, indemnização de perdas e danos (art.º 676.º); isto quer dizer que o contraente remisso deve restituir o que recebeu e indemnizar o outro contraente; é aquele o sujeito do dever ser da norma.

No caso dos sujeitos do dever tomarem uma atitude contrária à estatuída pela lei, há lugar à coacção, que acompanha todas as normas jurídicas, e que pode estar dependente ou não duma declaração de vontade do prejudicado. O direito subjectivo não provém, portanto, dum facto — vontade ou interesse — mas duma norma, ou melhor, é a própria norma enquanto se refere a uma situação concreta e individual. Não é afinal independente do direito objectivo. E se não existe como realidade independente, também não lhe podemos dar uma definição diversa da que demos de direito objectivo. Sòmente poderemos dizer que o que se costuma chamar direito subjectivo é, simplesmente, uma faculdade moral de se exigir de outrem o cumprimento de certo dever ser, estabelecido pela lei, em atenção a uma situação jurídica pessoal, sob pena do destinatário

(1) *(Neste caso a vontade do sujeito é decisiva para a actualização do direito subjectivo, mas de maneira alguma se confunde com este).*

do dever ser sofrer uma sanção. Como se vê não seguimos aqui a definição Kelsiana do direito subjectivo. Para Kelsen há direito subjectivo quando no preceito jurídico se estabelece a necessidade duma declaração de vontade do prejudicado para que o Estado realize contra o obrigado um certo acto coactivo. Poder-se-ia dizer, então, que a pessoa cuja declaração de vontade constitui condição necessária para a aplicação da sanção, é titular dum direito subjectivo. É, porém, manifesta a confusão entre o direito substantivo e o direito adjectivo. Aquilo a que Kelsen chama direito subjectivo situa-se no campo processual e não nos cumpre agora examiná-lo.

7. Ao contrário das outras doutrinas anti-individualistas a que fizemos ligeira referência, a nossa attitude resulta, não do facto de nos enfeudarmos a qualquer corrente sociológica, político-sociológica ou filosófica, mas da segura convicção de que é condição essencial para a existência de qualquer ciência a objectividade; e esta encontramos-na na norma jurídica.

Somos, portanto, metodologicamente, positivistas. Reconhecemos, no entanto, que a estrutura mental do homem o leva a especular e a procurar resposta para o problema do fundamento do Direito. Por nossa parte também procuramos solução para este problema e achamo-la fundamentando o Direito no valor Justiça. Partimos, contudo, dum conceito formal deste valor, de conteúdo variável com as épocas históricas e tipos civilizacionais (1). É tendo em atenção as ideias de justiça existentes em certo momento e em certa sociedade que o legislador, elemento desta sociedade, formula uma norma jurídica, atribuindo uma sanção a um dever ser.

Há, contudo, ideais de justiça aparentemente instáveis e eternos. Está neste caso o «*suum cuique tribuere*», atribuição a cada um do que lhe pertence. Mas, vendo bem, não passa dum critério meramente formal que pode conduzir a resultados diversos e até opostos. Cada época histórica, cada sociedade, integrada em certo tipo civilizacional, tem, ou pode ter, entendimento diferente acerca do que deve pertencer a cada um.

(1) («*On ne voit rien de juste ou d'injuste qui ne change de qualité, en changeant de climat ; trois degrés d'élévation du pôle renversant tout la justice, un méridien décide de la vérité*» — Pascal, *Pensées*).

Acerca deste problema de fundamento das normas jurídicas compreendemos que se possa ter opinião diferente da nossa; até nós, embora actualmente acreditemos firmemente na explicação dada, poderemos vir a dar outros fundamentos às normas jurídicas, à medida que o nosso pensamento, na sua evolução natural, atravessasse novas fases de maturidade. Cada pessoa tem uma personalidade, actual e diferenciada, através da qual vê o mundo externo; a sua concepção do mundo será função dessa personalidade.

«A filosofia relativista deixa a escolha definitiva duma delas (soluções) a um seu querer (do individuo) que emerge das profundezas da sua personalidade — não do seu arbítrio, mas da sua consciência» (Radbruch, *Filosofia do direito*, pág. 66).

É esta, decerto, a única atitude compatível com a tolerância e respeito pelo pensamento alheio. «Se chegarmos a saber de que lado estamos, já conseguimos bastante; poderemos então ficar tranquilos com a nossa consciência e seremos mais tolerante para com os outros» (Goette).

De qualquer modo, estes problemas filosóficos só interessarão ao jurista como puro diletantismo. Terá tanta importância para o jurista o estudo do fundamento do direito como para o matemático o estudo do fundamento das matemáticas. De facto, a realidade jurídica é a norma, entendida como dever ser coactivo, e sobre ela, como objecto da ciência do direito, deve o jurista trabalhar. Só assim se tornará homem de ciência. O nacional socialismo, o fascismo, a doutrina de Duguit e o institucionalismo, afastam-se fundamentalmente, pelo menos nalguns aspectos, dessa orientação. O pensamento jurídico nacional socialista «coloca o direito e a actividade jurídica (legislativa, jurídica e científica), na dependência passiva não já das fontes que se constatarem mediante a observação científica, mas da interpretação que recebem do movimento que quer imprimir neles um dogma político» (H. Gil — *Metodologia*, pág. 327).

Também Duguit, embora acertadamente normativista, imbuiu o método jurídico de elementos meta-jurídicos; o seu psicologismo e positivismo sociológico impediram-no de ver a verdade jurídica.

O institucionalismo parte duma realidade sociológica — a instituição — atribuindo-lhe um papel que nada justifica; esqueceram-se os institucionalistas da necessidade de introduzir primeiramente na instituição o traço da juridicidade para se poder fazer dela a noção

fulcral do direito (V. a este respeito Del Vecchio — Derecho y Vida, pág. 56 e segs.). No direito moderno, é certo, algumas instituições criam direitos: a corporação nos regimes corporativos, o soviet no sovietismo, o sindicato no sindicalismo, etc. Mas esse poder é-lhes delegado e essa juridicidade é-lhes atribuída pela norma jurídica. Pode haver, assim, uma pluralidade interna (ver Carnelutti — Teoria Geral do Direito, pág. 125 e segs.) de ordens jurídicas, mas existir só uma suprema à qual as outras são subordinadas. Esta pluralidade «resolve-se numa unidade, enquanto é certo que as ordens mediatas são abrangidas e quase absorvidas na ordem imediata ou soberana».

8. Para finalizar o nosso trabalho resumiremos algumas conclusões a que chegamos.

Ao contrário do individualismo jurídico — entendendo por individualismo jurídico aquela corrente doutrinal que dá à vontade psicológica o poder, imanente ou outorgado, de criar normas jurídicas —, verificamos que a vontade, no plano jurídico, é um conceito normativo, alheio à vontade psicológica. Esta pertence ao reino do «ser»; aquela ao mundo do dever ser. Surgiu-nos esta conclusão através do estudo do conceito puro, pertencente à normatividade. A vontade psicológica nunca poderá, portanto, criar direito, porquanto um dever ser só pode encontrar o seu fundamento noutra dever ser, uma norma só pode ser fundamentada por outra norma, o direito só pode ser criado pelo direito.

ANTONIO MARTINEZ VALADAS PRETO